

**L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER:
LES «SOUPÇONS FONDÉS» DE L'ART. 9 LBA**

par

Nicolas C. HERREN

Lic. en droit et diplôme d'études approfondies en droit pénal,
Avocat

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2019 II 107 ss



L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER: LES «SOUPÇONS FONDÉS» DE L'ART. 9 LBA

par

Nicolas C. HERREN*

Lic. en droit et diplôme d'études approfondies en droit pénal,
Avocat

I. INTRODUCTION

La lutte contre le blanchiment de l'argent sale est depuis le début des années 1990 un sujet de préoccupation pour le financier, le politique et le juriste helvètes. Non sans raison compte tenu des affaires passées dont les répercussions internationales hantent aujourd'hui encore les consciences en Suisse et par-delà nos frontières¹. Dire que le politique a pris le pas sur le financier en lui dictant où était son intérêt, et que le juriste a servi de bras armé au premier pour mettre au pas le second, n'est aujourd'hui plus contesté.

Débutée sous couvert de guerre totale contre le crime organisé, présenté autrefois comme un fléau susceptible de gangréner l'économie légale suisse², la lutte contre le blanchiment d'argent s'est élargie par la suite à divers autres sujets et objectifs en fonction d'actualités retentissantes, comme la lutte contre le financement du terrorisme après les attentats du 11 septembre 2001³ ou la lutte contre l'évasion fiscale suite à la crise financière de 2007/2008 et la diminution des rentrées fiscales⁴. Soumis depuis lors à une pression sans précédent, et privés de soutien suffisant du politique, les intermédiaires financiers suisses semblent

* L'auteur remercie Me Jasmina Peku, avocate stagiaire, pour sa relecture critique de cette contribution et ses conseils avisés.

¹ Pour ne citer que quelques affaires très retentissantes par décennie: en 1977 les affaires «Texon/Crédit suisse de Chiasso» et la «Banque Weisscredit»; dans les années 1980 les scandales «Banco Ambrosiano», «Pizza Connection», «Lebanon Connection» ou encore «Marcos»; dans les années 1990 les affaires «Abacha», «Mobutu» et «Montesinos». Cf. notamment Message CF 1989, p. 962 et 966.

² Message CF 1989, p. 962 s.; Message CF 1993, p. 27; Message CF 1996, p. 1058 à 1061.

³ Message CF 2007, p. 5924 et 5933.

⁴ Message CF 2013, p. 586. BASSE, p. 13 N 20.

désormais tenir pour acquis la nécessité d'une reprise quasi-systématique des exigences internationales en matière de blanchiment⁵. Ils se limitent à suggérer une certaine prise en considération des intérêts propres à la Suisse dans l'adaptation de la législation interne, ce afin de pouvoir (encore) concurrencer les autres places financières mondiales⁶.

Nous avons démontré dans une publication précédente à quel point le Tribunal fédéral, et avant lui les juridictions pénales cantonales et fédérales, ont donné des contours larges à l'art. 305^{bis} CP, se fondant souvent de manière à peine voilée sur la nécessité pour la Suisse de contribuer aux efforts internationaux de lutte contre le blanchiment et le crime organisé pour justifier de leur interprétation extensive⁷.

Née dans la douleur avec la Loi sur le blanchiment d'argent («LBA») du 10 octobre 1997 et étendue deux fois depuis, l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence aussi étoffée du Tribunal fédéral que l'art. 305^{bis} CP, mais au contraire assez éparse, si bien que ses conditions restent difficiles à interpréter pour les intermédiaires financiers. L'insécurité juridique à laquelle ils étaient déjà confrontés a en outre augmenté avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 d'un délit fiscal qualifié sujet au blanchiment d'argent (cf. art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP) et son insertion dans les infractions soumises à l'obligation de communiquer (art. 9 al. 1 let. a ch. 2 2^e hypothèse LBA). Enfin, un avant-projet de suppression du droit de communiquer laisse présager de nouvelles incertitudes sur l'interprétation de l'art. 9 LBA⁸. Cela au moment où les autorités de poursuites pénales annoncent leur volonté de déterminer l'éventuelle responsabilité pénale d'intermédiaires financiers mêlés de près ou de loin aux affaires ayant défrayé la chronique ces dernières années⁹.

Si différents éléments de l'obligation de communiquer soulèvent des questions d'interprétation, c'est avant tout la notion de «soupçons fondés» qui pose de grandes difficultés aux intermédiaires financiers. Il s'agit d'une notion centrale puisque l'existence de soupçons fondés déclenche l'obligation immédiate de communiquer.

La présente contribution s'efforce de mettre en lumière cette notion par référence aux travaux du législateur, aux décisions des tribunaux compétents et avis des autorités impliquées, ainsi qu'aux opinions de la doctrine. Après un bref historique de l'adoption des art. 9 et 37 LBA (chapitre II.A), nous verrons qu'aujourd'hui encore, l'interprétation des

⁵ En particulier les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI).

⁶ Dans ce sens également LOMBARDINI, p. 12 s. N 39 ss.

⁷ HERREN, p. 1112 ss.

⁸ Cf. ci-dessous chapitre II.C.

⁹ BESSON / BAILAT; Rapport MPC 2018, p. 19 concernant l'affaire *Lava Jato*.

«soupçons fondés» reste fort délicate et sujette à controverse (chapitre II.B). Enfin, nous survolerons brièvement l'avant-projet de loi prévoyant notamment la suppression du droit de communiquer (chapitre II.C).

La présente contribution traitera essentiellement de soupçons fondés de provenance «criminelle» de valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires (art. 9 al. 1 let. a ch. 2 1^{ère} hypothèse LBA). Les alternatives établissant également l'obligation de communiquer, lorsque l'intermédiaire financier sait ou présume sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle (art. 9 al. 1 let. a ch. 1 et 3 LBA), doivent servir à financer le terrorisme (art. 9 al. 1 let. a ch. 4 LBA) ou proviennent d'un délit fiscal qualifié (art. 9 al. 1 let. a ch. 2 2^e hypothèse LBA), ne seront pas spécifiquement traitées ici, même si l'analyse qui suit concerne nécessairement ces autres hypothèses.

II. ANALYSE

A. Bref historique de l'adoption des art. 9 et 37 LBA

L'adoption dans la LBA d'une disposition sanctionnant l'omission de communiquer (à temps) des soupçons fondés de blanchiment n'a pas été facile, loin s'en faut.

Dans la phase pré-parlementaire, non seulement les partis bourgeois et les organisations concernées¹⁰, mais aussi l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB), s'opposaient à toute forme d'obligation de communiquer même en l'absence de toute sanction pénale. Ils considéraient en effet que le blocage des valeurs patrimoniales d'origine suspecte suffisait¹¹.

Près de deux ans après la fin de la procédure de consultation, le Conseil fédéral se décida malgré tout à inclure une obligation de communiquer dans son projet de LBA de 1996, mais renonçait toutefois à assortir sa violation d'une sanction pénale. Sa volonté de soumettre les intermédiaires financiers à l'obligation de communiquer reprenait celle d'un groupe de travail de l'administration spécialement créé pour traiter de l'opportunité d'une telle obligation, avec les arguments juridiques et politiques suivants: (i) l'obligation de communiquer devait permettre aux enquêtes pénales d'avoir lieu à temps; (ii) *«le seuil d'application de l'obligation de communiquer étant placé très haut en Suisse, par*

¹⁰ Notamment l'Association suisses des banquiers, la Fédération suisse des avocats, la Fédération suisse des notaires, la Chambre fiduciaire et l'Union suisse des fiduciaires.

¹¹ Message CF 1996, p. 1064 à 1067.

rapport à d'autres pays», ceci réduisait le risque d'afflux de dénonciations injustifiées; (iii) la menace de pressions extérieures sur la Suisse rendait l'adoption d'une telle obligation inévitable puisque la très grande majorité des Etats membres du GAFI la connaissaient et que la présidence du GAFI y attachait beaucoup d'importance¹².

Le Conseil fédéral soulignait que la LBA ne devait pas seulement servir à détecter et confisquer les valeurs patrimoniales d'origine criminelle, mais également permettre d'identifier les personnes se dissimulant derrière et de les poursuivre pénalement. L'adoption d'une obligation de communiquer laissait des chances réelles aux autorités pénales d'appréhender les personnes ayant un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales incriminées, contrairement au simple blocage de ces valeurs¹³. L'importance de se doter d'un tel outil pour la réputation de la place financière suisse, compte tenu de la tendance internationale en ce sens, était soulignée¹⁴.

Afin de contrebalancer l'adoption d'une obligation de communiquer, les sanctions pénales prévues dans l'avant-projet de loi pour l'inobservation des devoirs de diligence et de l'obligation de communiquer furent abandonnées dans le projet de loi. Seuls les art. 305^{bis} et 305^{ter} ch. 1 CP, ainsi que les peines conventionnelles infligées par les organes administratifs devaient subsister¹⁵.

En 1997, les parlementaires ont souligné quant à eux l'importance pour la place financière suisse d'adopter une obligation de communiquer au regard des «exigences» fixées par le GAFI et l'Union européenne¹⁶.

Alors même que les banques semblaient peu à peu se faire à l'idée d'une obligation de communiquer¹⁷, les parlementaires allaient plus loin que le projet du Conseil fédéral en prévoyant une sanction pénale directe pour la violation de cette obligation. Cet élargissement fut motivé par la nécessité de prévoir une sanction formelle dans la loi elle-même pour une obligation qualifiée d'essentielle, de même que par la volonté de se montrer bon élève aux côtés de certains Etats qui connaissaient déjà une telle sanction¹⁸.

¹² Message CF 1996, p. 1067 et 1069.

¹³ *Idem*, p. 1059 et p. 1069.

¹⁴ *Idem*, p. 1070.

¹⁵ *Idem*, p. 1062, 1070 et 1113.

¹⁶ BOAF N du 17 mars 1997, J.-N. de Dardel (S) p. 323; W. Bosshard (R) p. 323 s.

¹⁷ BOAF E du 16 juin 1997, K. Villiger (CF) p. 600.

¹⁸ BOAF N du 17 mars 1997, N. de Dardel (S) p. 323; W. Bosshard (R) p. 324. BOAF E du 16 juin 1997, N. Küchler (C), p. 599. A cette époque la directive européenne laissait le choix aux Etats membres de déterminer la sanction en cas d'infraction.

Le débat porta plutôt sur la question de savoir si la violation par négligence de l'obligation de communiquer devait être sanctionnée¹⁹, de même que de savoir si le blanchiment d'argent par négligence devait aussi être réprimé²⁰. Suivant sa commission et malgré certaines oppositions, le Conseil national décida de réprimer expressément la violation de l'obligation de communiquer commise par négligence, mais pas le blanchiment d'argent par négligence, notamment au motif peu convaincant qu'il fallait «*combler [d]es lacunes au niveau du droit administratif et au niveau de l'auto-régulation en ne touchant pas au droit pénal*»²¹.

De son côté, le Conseiller fédéral Kaspar Villiger exprimait ses doutes quant à la compatibilité de la répression non seulement du blanchiment par négligence, mais aussi de la violation de l'obligation de communiquer par négligence, avec le principe de la légalité, du fait de la description très générale — c'est-à-dire insuffisamment précise — des devoirs de diligence dans la LBA. Il précisait que c'était pour cette raison que le Conseil fédéral avait décidé de ne pas sanctionner pénalement la violation de devoirs de diligence dans la LBA²². Le Conseil des Etats rejeta la solution du Conseil national de réprimer expressément la violation par négligence de l'obligation de communiquer, mais adopta une formule conduisant à la réprimer malgré tout, par le jeu de l'art. 333 CP²³, sans que l'on sache si telle était vraiment son intention²⁴.

B. Les «suspçons fondés» de l'art. 9 LBA

1. *Elément constitutif des art. 9 et 37 LBA*

Les conditions de répression des intermédiaires financiers pour violation de l'obligation de communiquer au sens des art. 9 et 37 LBA ont reçu une définition étendue dans trois jugements du Tribunal pénal

¹⁹ BOAF N du 17 mars 1997, W. Bosshard (R) p. 324; D. Vallender (R) p. 328. BOAF N du 20 mars 1997, N. de Dardel (S) p. 475 s. BOAF E du 16 juin 1997, A. Cotti (C) p. 598; N. Kùchler (C) p. 599; D. Marty (R) p. 602.

²⁰ BOAF N du 17 mars 1997, R. Strahm (S) p. 328 s.

²¹ BOAF N du 20 mars 1997, T. Fischer-Hägglingen (V) p. 474; N. de Dardel (S) p. 475 s.

²² BOAF N du 20 mars 1997, K. Villiger (CF) p. 476. Plus tard devant le Conseil des Etats, Kaspar Villiger dira que lui-même ainsi que son collègue le Conseiller fédéral Arnold Koller étaient opposés à la répression de la violation de communiquer par négligence: BOAF E du 16 juin 1997, K. Villiger (CF) p. 606.

²³ Cette disposition traite de l'application de la partie générale du CP aux autres lois fédérales.

²⁴ BOAF E du 16 juin 1997, A. Cotti (C) p. 598. La violation de l'obligation de communiquer par négligence est aujourd'hui expressément prévue à l'art. 37 al. 2 LBA.

fédéral²⁵. Notons que ces jugements ont été rendus par un juge unique conformément aux art. 36 al. 2 LOAP *cum* 19 al. 2 let. a CPP à titre supplétif, la violation de l'art. 37 LBA n'entraînant qu'une peine contraventionnelle²⁶.

Selon ces arrêts, quatre conditions doivent être remplies cumulativement: (i) l'auteur est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 LBA; (ii) des valeurs patrimoniales sont impliquées dans une relation d'affaires; (iii) l'auteur à tout le moins présume, sur la base de soupçons fondés, que ces valeurs patrimoniales proviennent d'un crime; et (iv) la communication n'a pas été faite ou l'a été tardivement²⁷.

Est analysée ci-dessous la troisième condition, à savoir la notion de «soupçons fondés», à l'exclusion toutefois de la notion de «provenance» d'un crime qui est, tout comme celle de «soupçons fondés», également sujette à une controverse.

2. *Un déficit de prévisibilité de la norme pénale*

L'existence de soupçons fondés constitue l'élément cardinal de l'art. 9 LBA, puisque c'est une fois ce seuil franchi que l'intermédiaire financier s'expose à diverses sanctions de nature pénale, administrative et civile, s'il ne procède pas immédiatement à une communication au MROS.

Or, il est une épineuse problématique sur laquelle autorités suisses et doctrine s'accordent: définir le seuil à partir duquel un soupçon doit être considéré comme «fondé» est très difficile voire impossible²⁸.

Dans un rapport explicatif sur un avant-projet de loi de 2013 proposant l'abrogation du droit de communiquer (art. 305^{ter} al. 2 CP), le Département fédéral des finances (ci-après le «DFF») — qui a la charge de la poursuite des infractions aux art. 9 et 37 LBA conformément aux art. 1 al. 1 let. f et art. 50 al. 1 LFINMA — a qualifié la notion de

²⁵ Jugement TPF SK.2018.15 du 18 octobre 2018, qui fait selon le site internet du TPF l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Jugement TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017, qui n'a apparemment pas fait l'objet d'un recours. Jugement TPF SK 2014.14 du 18 mars 2015 qui a fait l'objet d'un recours et d'un arrêt TF 6B_503/2015 du 24 mai 2016, partiellement publié à l'ATF 142 IV 276.

²⁶ On peut à notre sens regretter qu'une infraction pour laquelle une peine-amende d'un plafond de CHF 500'000.- soit traitée par une composition restreinte de l'instance compétente.

²⁷ Jugement TPF SK.2018.15 du 18 octobre 2018, consid. 4.2 à 4.2.3; jugement TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2; jugement TPF SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.2.

²⁸ Rapport explicatif SE DFF 2013, p. 80; Rapport MROS 2016, p. 52; Rapport MROS 2012, p. 88. Dans son rapport 1999/2000, p. 13, le MROS estimait qu'il était peu judicieux de définir avec précision la notion de soupçons fondés pour éviter de donner aux blanchisseurs d'argent potentiels la possibilité de déterminer quelles sont les informations qui doivent être transmises aux autorités pénales (!).

souçons d'opinion personnelle et subjective. Selon lui, il est impossible de définir de manière uniforme des critères applicables à chaque situation. Mais surtout, la nature relative du soupçon conduit nécessairement à des appréciations différentes en fonction des intermédiaires financiers. En outre, le qualificatif de «fondés» ajoute un degré d'incertitude et de subjectivité, car des éléments identiques peuvent entraîner un simple soupçon chez un intermédiaire financier et un soupçon fondé chez un autre²⁹.

Sur la base des constatations qui précèdent, le MROS a souligné lui-même que cela créait une situation difficile à justifier³⁰. Autre preuve de la difficulté d'appréhender cet élément constitutif, le MROS a récemment relevé une évolution dans l'interprétation de la notion de «souçons fondés» depuis son entrée en vigueur en 1998 sous forme d'un abaissement significatif du seuil déclenchant l'obligation de communiquer immédiate dans la jurisprudence fédérale (cf. chapitre II.B.3.b(i) ci-dessous). Il va même jusqu'à conclure que cette «*notion indéterminée laisse place à l'interprétation et à son adaptation au fil du temps*» (!)³¹.

A juste titre, plusieurs auteurs retiennent que l'art. 9 LBA pose de sérieux problèmes en matière de sécurité juridique et que l'on est ici à l'extrême limite, voire au-delà, de ce que le principe de la légalité autorise³².

En effet, selon l'art. 7 CEDH³³, une infraction pénale doit être clairement définie par le droit (principe de prévisibilité). La Cour Européenne des Droits de l'Homme considère que tel n'est pas le cas lorsque le justiciable n'est pas en mesure de savoir quels actes ou omissions engagent sa responsabilité pénale à partir du libellé de la disposition, voire au besoin à l'aide de son interprétation par les tribunaux et un avis juridique éclairé³⁴.

L'exigence de prévisibilité est d'autant plus importante lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'apprécier la portée d'une condition centrale d'une infraction pénale aux conséquences juridiques lourdes sur

²⁹ Rapport explicatif SE DFF 2013, p. 80.

³⁰ Rapport MROS 2012, p. 88. Dans le même sens, Rapport MROS 2016, p. 52.

³¹ Rapport MROS 2016, p. 52.

³² REINLE, p. 2 N 3, p. 118 N 360 à 362 et p. 122 N 379; LUCHSINGER, p. 368 N 28 et p. 369 N 31; KUSTER, Rz 14; DE CAPITANI, p. 1000 N 42; SCHWOB / COSANDEY, N 88. Dans le même sens, les auteurs suivants considèrent que la distinction entre les variations de soupçons déclinées à l'art. 305^{er} al. 2 CP et à l'art. 9 LBA sont peu praticables dans l'activité quotidienne des intermédiaires financiers: SCHWAB / STUPP, p. 1388 s. N 25; LOMBARDINI, p. 152 N 582.

³³ Cf. aussi art. 1 CP, considéré comme un rempart contre l'arbitraire (art. 9 Cst féd.).

³⁴ BIGLER, p. 449 N 10, p. 452 N 21 et p. 453 à 455 N 24 à 30, et les jurisprudences de la Cour citées à leur appui.

les plans pénal, administratif et civil, pour les intermédiaires financiers comme pour leurs organes ou employés concernés. A cela s'ajoute les conséquences réputationnelles et économiques graves que peut entraîner une communication pour la ou les personne(s) visée(s) par ou simplement citée(s) dans la communication, sans compter qu'une communication de soupçons à l'autorité constitue une entorse grave au devoir de fidélité du mandataire vis-à-vis de son client³⁵.

Cette incertitude profonde sur l'interprétation d'un élément constitutif central d'une norme pénale, dont la violation entraîne des conséquences significatives pour les différents intervenants à la relation d'affaires, aurait dû et devrait à notre sens conduire à une interprétation restrictive, ou à tout le moins «exigeante», de la notion de soupçons fondés, conformément au souhait initial du législateur («*sehr hohe Messlatte*»). Tel n'est manifestement pas le cas à ce jour dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, voire également dans celle du Tribunal pénal fédéral.

3. *L'interprétation des «soupçons fondés»*

Nous commençons par un bref rappel des travaux législatifs de l'époque sur le sujet (chapitre II.B.3.a). Nous abordons ensuite en détails la position adoptée par les tribunaux et les autorités administratives sur ces «soupçons fondés» (chapitre II.B.3.b(i)), ainsi que celle de la doctrine (chapitre II.B.3.b(ii)). Puis nous suggérons un processus d'analyse souhaitable (chapitre II.B.3.b(iii)) et discutons des éléments de fait pouvant susciter des soupçons fondés (chapitre II.B.3.b(iv)). Nous concluons en évoquant trois cas jurisprudentiels significatifs (chapitre II.B.3.b(v)).

a. *Travaux législatifs*

Face à la crainte des intermédiaires financiers de devoir dénoncer leurs clients au premier soupçon pour se prémunir de tout risque, le Conseil fédéral reprenait dans son Message de 1996 le constat du groupe de travail *ad hoc* précité selon lequel le seuil d'application de l'obligation de communiquer avait été placé très haut en Suisse par rapport à d'autres pays, afin notamment de réduire le risque d'afflux de dénonciations injustifiées³⁶. C'est ce qui a motivé le recours à la notion de «soupçons fondés» («*begründeter Verdacht*»; «*sospetto fondato*»).

³⁵ LOMBARDINI, p. 157 N 609 et p. 164 N 643; REINLE, p. 3 N 6, p. 17 N 43 et p. 20 N 47.

³⁶ Message CF 1996, p. 1067.

Plus avant dans ledit Message, lors de l'analyse du projet d'art. 9 LBA, il était précisé que les soupçons, pour être «fondés», n'avaient pas à atteindre un degré tel qu'ils confinent à la certitude. Ils devaient être considérés comme tels lorsqu'un signe concret ou plusieurs indices faisaient craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales³⁷.

Par référence commune à l'art. 9 LBA et l'art. 305^{ter} al. 2 CP sur le droit de communiquer, le Conseil fédéral précisait que ces deux dispositions devaient être comprises comme des «*degrés différents d'une même conception*». Ces différents degrés «*vont du sentiment reposant sur de vagues indices à la certitude totale. Ils recouvrent la situation dans laquelle, en raison de l'absence de faits clairement établis, une communication aux autorités est justifiée mais non encore inéluctable, mais aussi celle où l'intermédiaire est obligé de communiquer ses soupçons parce qu'ils s'avèrent fondés*»³⁸.

Le seuil de l'obligation de communiquer était ainsi logiquement placé plus haut que celui du droit de communiquer. Il est utile de rappeler que le seuil du droit de communiquer avait déjà été posé par le Conseil fédéral à un niveau relativement élevé. En effet, si l'exercice du droit de communiquer ne nécessitait pas des «preuves» que les fonds remis étaient d'origine criminelle, des suppositions ou vagues impressions étaient quant à elles insuffisantes. Il fallait être en présence à tout le moins «*d'indices*», soit «*d'éléments fondés de suspicion, susceptibles d'être étayés auprès des autorités de poursuite pénale*» ressortant de «*leurs observations, leurs questions, leurs doutes, et toutes pièces utiles [les ayant] amenées, en faisant preuve de la vigilance requise par les circonstances — exigée par la loi (art. 305^{ter}, 1^{er} al., CP) — à penser que les fonds [étaient] d'origine criminelle*»³⁹.

Dans le Message de 1996, le Conseil fédéral soulignait également le lien existant entre les clarifications nécessaires selon l'art. 6 al. 2 let. b LBA et l'obligation de communiquer. Lorsqu'un intermédiaire financier avait des indices lui permettant de soupçonner que la transaction qu'il s'appropriait à effectuer pourrait servir à blanchir de l'argent, il ne devait pas se contenter de vérifier l'identité du cocontractant ou de l'ayant-droit économique de la relation mais devait clarifier l'arrière-plan économique et le but de la transaction et/ou de la relation. «*Dès l'instant où il nourrit des soupçons, il doit poursuivre ses investigations jusqu'à ce qu'il sache ce qu'il en est: soit la transaction qui paraissait suspecte est régulière, soit ses soupçons étaient fondés et il y a donc lieu d'en*

³⁷ *Idem*, p. 1086.

³⁸ *Idem*, p. 1087.

³⁹ Message CF 1993, p. 317.

référer (...) au bureau de communication. Pour pouvoir trancher, l'intermédiaire doit clarifier l'arrière-plan économique et le but de la transaction»⁴⁰. Renvoi était fait aux exemples d'indices de blanchiment d'argent figurant dans l'annexe à la directive 91/3 de l'ancienne CFB, aujourd'hui l'annexe à l'OBA-FINMA, ainsi qu'aux informations des différentes autorités de surveillance sur les derniers développements en matière de blanchiment⁴¹.

Lors des travaux parlementaires, les députés ont considéré qu'une communication devait reposer sur des éléments sérieux que l'intermédiaire financier viendrait à constater⁴². Le Conseiller fédéral de l'époque en charge du DFF insistait lui-aussi sur le fait que le seuil déclenchant cette obligation était très élevé car l'on devait être en présence de soupçons fondés (*«die Messlatte für die Meldepflicht sehr hoch angesetzt ist. Es muss sich nämlich um einen begründeten Verdacht handeln»*)⁴³.

En résumé, le seuil d'application de l'obligation de communiquer a été fixé par le législateur à un niveau élevé.

Ceci a d'ailleurs été souligné et reproché à la Suisse par le GAFI dans ses rapports d'évaluation de la Suisse de 2005 et de 2009, cet organisme considérant que cela dissuadait les communications dont le nombre était alors trop élevées selon lui⁴⁴.

La volonté initiale du législateur suisse a encore été soulignée en 2017 par le MROS⁴⁵.

b. La position des tribunaux, des autorités administratives et de la doctrine

(i) La jurisprudence fédérale et sa réception par les autorités administratives: le «simple doute» comme source supplémentaire d'incertitude

Avant l'arrêt du Tribunal fédéral de 2008 dont il est question ci-après, chacun s'accordait à dire qu'un simple soupçon sur une provenance criminelle des fonds impliqués dans la relations d'affaires engendrait

⁴⁰ Message CF 1996, p. 1083.

⁴¹ *Idem*, p. 1083 s. A titre d'exemples actuels les rapports du MROS et de la FINMA (ou de l'ancienne CFB).

⁴² BOAF E du 16 juin 1997, A. Cotti (C) p. 604. Dans ce sens également, D. Marty (R) p. 602.

⁴³ Selon les mots du Conseiller fédéral de l'époque: BOAF N du 17 mars 1997, K. Villiger (CF) p. 325.

⁴⁴ Rapport GAFI 2005, p. 139 § 649; Rapport GAFI 2009, p. 18 nbp 14.

⁴⁵ Rapport MROS 2016, p. 52.

pour l'intermédiaire financier une obligation de clarification complémentaire conformément à l'art. 6 LBA et non pas déjà une obligation de communiquer. Etait en revanche débattue la question de savoir si, pour le cas où ces clarifications n'avaient pas permis de lever (tous) les soupçons initiaux de provenance criminelle ni ne les avaient renforcés, l'intermédiaire financier devait malgré tout communiquer (cf. ci-dessous chapitre II.B.3.b(ii)).

Un arrêt du Tribunal fédéral de 2008⁴⁶, non publié au recueil des ATF mais repris dans des jurisprudences fédérales ultérieures⁴⁷, a rendu plus compliquée encore la détermination du seuil de soupçon suffisant à déclencher l'obligation de communiquer.

Il est question dans cet arrêt d'une potentielle responsabilité d'une maison de jeu pour avoir procédé en 2003 à une communication au MROS concernant l'un de ses clients-joueurs. Le Tribunal fédéral considère que, selon la doctrine (plus précisément les positions de DE CAPITANI et THELESKLAF), un soupçon était fondé lorsqu'il repose sur des circonstances insolites recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Si ce dernier a un «*simple doute*» que les valeurs patrimoniales proviennent d'un acte criminel, il doit malgré tout faire une communication au MROS⁴⁸.

L'avis donné dans cet arrêt paraît toutefois fortement influencé par la question réellement posée. Il convenait de déterminer s'il existait un motif justificatif, sous la forme d'un intérêt public prépondérant, à l'atteinte à l'honneur du joueur visé par la communication. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a procédé à l'analyse du respect de l'art. 9 LBA par la maison de jeu. Il semble que la question posée dans cet arrêt était bien plus de savoir si la maison de jeu avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances en communiquant ses soupçons. Autrement dit, le Tribunal fédéral examinait en réalité l'exclusion de responsabilité prévue alors à l'ancien art. 11 LBA et non pas le seuil de soupçons fondés entraînant une obligation de communiquer immédiate⁴⁹. En effet, la maison de jeu avait *a priori* communiqué sur la base d'indices assez minces, à savoir: 1) des mises fréquentes, importantes et en augmentation sur les machines à sous pendant 9 mois, considérées comme une manière de jouer inhabituelle; 2) l'existence d'une affaire

⁴⁶ Arrêt TF 4A_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3.

⁴⁷ Arrêt TF 1B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9. Jugement TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1; jugement TPF SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1.

⁴⁸ Arrêt TF 4A_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3.

⁴⁹ Cf. arrêt TF 4A_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3 *in fine* et consid. 4.3. Dans ce sens également, HUTZLER, p. 1540 s. N 36.

préalable où un autre joueur, apparemment sans lien avec l'individu sujet de la communication, avait misé des fonds issus de détournements⁵⁰.

Par ailleurs, à cette époque, l'intermédiaire financier qui communiquait au MROS le faisait en général sur la base de son obligation prévue à l'art. 9 LBA, alors qu'une information fondée sur le droit de communiquer de l'art. 305^{ter} al. 2 CP se faisait en principe directement aux autorités de poursuite pénale⁵¹. En outre, l'exclusion de responsabilité prévue à l'ancien art. 11 LBA était plus restreinte qu'aujourd'hui⁵² car seul en bénéficiait l'intermédiaire financier qui communiquait au MROS en faisant preuve de la diligence requise par les circonstances, alors que la seule bonne foi est aujourd'hui suffisante. Enfin, il existait une incertitude sur le fait de savoir si l'exclusion de responsabilité prévue à l'art. 11 aLBA protégeait également les intermédiaires financiers qui informaient les autorités pénales sur la base de l'art. 305^{ter} al. 2 aCP précité. Dès lors que la maison de jeu avait en l'espèce communiqué au MROS en invoquant l'art. 9 LBA (et non pas l'art. 305^{ter} al. 2 CP), le Tribunal fédéral a peut-être souhaité faire l'économie d'un examen des problématiques susmentionnées, en concluant sur la base d'un examen assez sommaire de l'art. 9 LBA que la maison de jeu s'était «conformée à l'art. 9 LBA en faisant part de ses doutes au MROS»⁵³.

Si l'on considère, malgré ce qui précède, que le Tribunal fédéral voulait dans cet arrêt définir le seuil de l'obligation de communiquer, il reste encore à déterminer s'il souhaitait dire:

- (i) que le simple doute que les valeurs patrimoniales proviennent d'un acte criminel emporte d'emblée une obligation de communiquer immédiate? ou plutôt
- (ii) qu'une fois les clarifications de l'art. 6 LBA opérées avec soin, l'intermédiaire financier chez qui un simple doute subsiste encore doit procéder immédiatement à une communication?

A notre avis, pour autant que le Tribunal fédéral ait voulu se prononcer sur la notion de soupçons fondés, il ne pouvait avoir en tête que la seconde hypothèse, tant la première s'écarterait non seulement du texte de la loi, qui parle de «soupçons fondés» et non d'un «*simple doute*», mais aussi de la volonté du législateur telle que rappelée ci-dessus.

⁵⁰ Cf. arrêt TF 4A_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3. LOMBARDINI, p. 162 encadré. Cet auteur regrette que la question importante de l'étendue des démarches que le casino aurait pu entreprendre n'ait pas été abordée.

⁵¹ Depuis le 1^{er} février 2009, le droit de communiquer selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP s'exerce envers le MROS uniquement.

⁵² Depuis le 1^{er} février 2009, la bonne foi de l'intermédiaire financier suffit (cf. Message CF 2007, p. 5938; ATF 143 III 653, p. 661 et 663 s., consid. 4.3.3 et 4.5.1).

⁵³ Arrêt TF 4A_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3.

La première hypothèse nous semble également aller à l'encontre du but assigné aux art. 6 et 9 LBA. En effet, l'intermédiaire financier se verrait obligé de communiquer immédiatement au MROS tout doute avant même d'avoir opéré la moindre clarification complémentaire, puisque la communication doit être immédiate. La communication serait alors d'une qualité plus que médiocre et le MROS serait très probablement obligé de revenir plus d'une fois vers l'intermédiaire financier pour lui poser diverses questions, en procédant lui-même aux clarifications avant de dénoncer cas échéant le cas à l'autorité pénale compétente.

La référence faite par le Tribunal fédéral à DE CAPITANI pour retenir que l'intermédiaire financier devrait communiquer en cas de «simple doute» nous paraît éloignée de l'opinion de cet auteur. Si pour sa part THELESKLAF soutient effectivement une interprétation assez large de la notion de soupçons fondés, au motif notamment de l'alignement de la législation suisse à la recommandation n° 20 du GAFI et des intérêts de la place financière suisse⁵⁴, DE CAPITANI prône, lui, une interprétation plus restreinte (cf. ci-dessous chapitre II.B.3.b(ii))⁵⁵. Lorsque ces deux auteurs, comme d'autres d'ailleurs, mentionnent qu'en cas de doute l'intermédiaire financier doit communiquer, ils ne veulent à notre sens pas dire qu'un simple doute sur la provenance criminelle de valeurs patrimoniales suffit à déclencher l'obligation de communiquer (qui plus est en l'absence de toute clarification), mais seulement que si l'intermédiaire financier ne sait pas s'il nourrit des soupçons qui atteignent le seuil de «soupçons fondés», il est plus prudent pour lui de communiquer⁵⁶.

Dans un arrêt récent sur la protection du secret professionnel de l'avocat en matière d'enquêtes internes LBA, le Tribunal fédéral a réaffirmé dans un *obiter dictum*, par référence à son arrêt de 2008, qu'un simple doute entraînait déjà une obligation de communiquer⁵⁷. Il a ajouté qu'il n'était pas nécessaire d'être en présence d'une importante probabilité et qu'en cas de doute une communication devait être faite, par exemple lorsqu'après clarifications complémentaires le doute ne pouvait pas être écarté⁵⁸.

Le Tribunal pénal fédéral a aussi fait référence à cette jurisprudence de 2008 dans deux jugements confirmant la condamnation d'intermédiaires financiers pour violation de l'obligation de communiquer: «[I]a jurisprudence a ainsi retenu que si l'intermédiaire a un simple

⁵⁴ THELESKLAF, p. 114 à 116 N 10.

⁵⁵ DE CAPITANI, p. 1001 N 45.

⁵⁶ Du même avis LUCHSINGER, p. 371 N 33.

⁵⁷ Arrêt TF 1B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9.

⁵⁸ *Idem*, consid. 4.9.

doute sur le fait que, par exemple, les valeurs patrimoniales proviennent d'un acte criminel, il doit faire une communication au MROS»⁵⁹. Cette affirmation suit toute une description reprenant notamment les indications du Message du Conseil fédéral de 1996 et l'opinion de DE CAPITANI, selon lesquels des soupçons engendraient un devoir d'investigation et que ce n'est que si les soupçons s'avéraient fondés suite aux diverses clarifications — c'est-à-dire qu'il existait des signes concrets ou des indices faisant craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales — qu'il y avait lieu d'en référer au MROS conformément à l'art. 9 LBA. Le Tribunal pénal fédéral se réfère également à THELESKLAF et à DE CAPITANI pour affirmer qu'un soupçon sera toujours fondé lorsque les clarifications n'ont pas permis de l'écartier, ou encore si l'intermédiaire à un doute sur le fait qu'il est en présence de soupçons fondés ou pas⁶⁰.

La superposition d'interprétations partiellement contradictoires rend difficile l'appréciation de la position du Tribunal pénal fédéral. Ce d'autant que, dans un arrêt encore plus récent, en lien avec le moment auquel il convient de procéder à la communication, cette juridiction fait référence à l'interprétation plus restreinte de HILF, en retenant que l'intermédiaire financier doit en particulier communiquer à partir du moment où les clarifications complémentaires effectuées n'ont pas permis de dissiper le soupçon mais, au contraire, ont montré que le soupçon était fondé⁶¹.

Quant au Tribunal administratif fédéral, il semble plutôt pencher pour une interprétation «exigeante» au vu de ses constatations et des auteurs auxquels il se réfère, tout en retenant parallèlement que l'intermédiaire financier ayant un doute sur le fait d'être en présence ou pas de soupçons fondés doit procéder à une communication⁶².

Une majorité d'auteurs s'étant prononcés sur la jurisprudence du Tribunal fédéral de 2008 se montre à raison critique à son encontre. Selon eux, la référence à DE CAPITANI voire aussi à THELESKLAF pour considérer qu'un simple doute déclenche l'obligation de communiquer

⁵⁹ Jugement TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1; jugement TPF SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1. Hélas, cette problématique n'a pas fait l'objet de l'arrêt subséquent 6B_503/2015 du 24 mai 2016, partiellement reproduit à l'ATF 142 IV 276.

⁶⁰ Jugement TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1; jugement TPF SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1. Cf. également dans ce sens deux décisions sur des levées de scellés portant notamment sur des rapports d'une étude d'avocat en matière de blanchiment d'argent, qui ne se réfèrent cette fois qu'à THELESKLAF: décision du TPF BE.2018.3 du 13 septembre 2018, consid. 5.3; décision TPF BE.2018.4 du 20 août 2018, consid. 4.3.

⁶¹ Jugement TPF SK.2018.15 du 19 décembre 2017, consid. 4.2.3; HILF, p. 783 N 23.

⁶² Arrêt TAF B-6815/2013 du 10 juin 2014, consid. 4.3 et 4.7.1 *in fine*.

(qui plus est en l'absence de toute clarification) ne se justifie pas⁶³. De plus, la doctrine relève que l'arrêt en question n'a pas été rendu par la Chambre pénale du Tribunal fédéral mais par une de ses Chambres civiles⁶⁴. Il ne s'agit d'ailleurs que d'un *obiter dictum*, puisque la question ne portait pas spécifiquement sur le seuil déclencheur de l'obligation de communiquer⁶⁵. Enfin, l'annexe à l'OBA-FINMA, comprenant une liste d'indices de blanchiment d'argent, mentionne spécifiquement que, isolés, ces indices ne fondent pas à eux seuls un soupçon suffisant, si bien que cette jurisprudence ne se concilie pas avec la gradation voulue par le législateur et le régulateur⁶⁶.

Après qu'on lui a soumis les arrêts précités, le GAFI a pour sa part exprimé son contentement dans son évaluation de la Suisse de 2016 en retenant que, «selon la conception plus extensive de l'obligation de communiquer promue par le MROS et les tribunaux [par rapport à celle du législateur], le soupçon fondé est constitué dès qu'il existe un simple doute sur l'origine licite de fonds»⁶⁷.

Pour sa part, le MROS considère que, par leurs jurisprudences précitées⁶⁸, les tribunaux fédéraux seraient allés dans le sens de l'interprétation qu'il préconisait dans son rapport de 2007, à savoir que l'obligation de communiquer ne nécessitait pas des connaissances concrètes de l'origine criminelle de valeurs impliquées dans la relation, mais qu'il suffisait que l'intermédiaire financier présume ou même ne puisse exclure que les valeurs patrimoniales soient d'origine criminelle⁶⁹. Selon lui, le jugement du Tribunal pénal fédéral est en particulier convaincant en ce qu'il retiendrait qu'«un simple doute devient un soupçon fondé lorsque les clarifications particulières n'ont pas permis d'écartier le soupçon que les valeurs patrimoniales sont liées à une infraction»⁷⁰.

Il semble que le MROS écarte l'interprétation selon laquelle le simple doute de provenance criminelle emporterait d'emblée une obligation de communiquer. Autre signe en ce sens, le MROS insiste sur le fait que

⁶³ KUSTER, Rz 28; LUCHSINGER, p. 371 N 33; HUTZLER, p. 1540 s. N 36.

⁶⁴ LUCHSINGER, p. 371 N 33; KUSTER, Rz 31.

⁶⁵ HUTZLER, p. 1540 s. N 36.

⁶⁶ *Idem*, p. 1540 s. N 36.

⁶⁷ Rapport GAFI 2016, p. 212 critère 20.1. Selon KUSTER, Rz 33, le GAFI se trompe lorsqu'il affirme dans son Rapport 2016 que l'arrêt du Tribunal pénal fédéral de 2015 appuie l'interprétation large faite dans l'arrêt de 2008 — de manière isolée — de la notion de soupçons fondés.

⁶⁸ Le MROS se réfère à l'arrêt TF 4A_313/2008 du 27 novembre 2008 précité, ainsi qu'au jugement TPF SK.2014.14 du 18 mars 2015.

⁶⁹ Rapport MROS 2016, p. 52. Rapport MROS 2007, p. 3.

⁷⁰ *Idem*, p. 52.

l'interprétation large de la notion de «suspçons fondés» n'exonère pas les intermédiaires financiers de leur obligation préalable de clarification prévue à l'art. 6 LBA, censée servir de premier filtre, tout en évitant de submerger le MROS de communications non fondées⁷¹. Cette dernière position du MROS n'est pas anodine. Le MROS constate en effet dans ses trois derniers rapports une forte augmentation des communications ces cinq dernières années (i.e. 2014, 2015, 2016 et 2017, 2018)⁷². Dans son rapport sur l'année 2016, il mentionne que, pour la première fois, il n'a pas pu traiter toutes les communications de suspçons à la fin de l'exercice annuel. Est avancé comme motif de cette forte augmentation notamment l'abaissement du seuil de suspçon dont il est question ci-dessus⁷³. L'insistance du MROS sur le devoir de clarification préalablement à la communication reflète sa crainte de recevoir de nombreuses dénonciations opérées dans l'urgence et donc sommaires, qui l'obligeraient à requérir des communicants des informations et documents supplémentaires, pour devoir *in fine* s'acquitter lui-même de l'analyse de la relation d'affaires ou de la transaction pointées du doigt. Dans son rapport de 2018, le MROS souligne d'ailleurs qu'en présence d'une communication incomplète notamment au sens de l'art. 3 OBCBA, suivant les circonstances, l'intermédiaire financier «peut ne pas être délié de son obligation de communiquer»⁷⁴.

Le DFF — dont on rappelle qu'il a la charge de la poursuite des infractions aux art. 9 *cum* 37 LBA — a quant à lui donné son avis sur l'interprétation des suspçons fondés à l'occasion d'avant-projets de loi visant la suppression du droit de communiquer de l'art. 305^{ter} al. 2 CP.

En 2012, il soutenait avec le MROS qu'il ne fallait pas interpréter trop restrictivement la notion de suspçons fondés, afin de ne pas créer des obstacles trop élevés en la matière (!). Des connaissances concrètes de provenance criminelle n'étaient pas nécessaires pour enclencher l'obligation de communiquer, et une communication devait être faite lorsque selon diverses indications/indices et clarifications complémentaires, l'intermédiaire financier ne pouvait exclure l'origine criminelle des valeurs patrimoniales⁷⁵. Selon le DFF, cette interprétation du MROS était renforcée par l'élargissement des conditions de l'exculpation pénale et civile prévues à l'art. 11 LBA⁷⁶.

⁷¹ *Idem*, p. 53. Dans le même sens, Rapport MROS 2017, p. 61.

⁷² Rapport MROS 2016, p. 7. Rapport MROS 2017, p. 6; Rapport MROS 2018, p. 6.

⁷³ Rapport MROS 2016, p. 7.

⁷⁴ Rapport MROS 2018, p. 40.

⁷⁵ Rapport explicatif SE DFF 2013, p. 88.

⁷⁶ *Idem*, p. 81.

Dans sa nouvelle tentative de supprimer le droit de communiquer (cf. ci-dessous chapitre II.C), le Conseil fédéral constate que les tribunaux fédéraux ont confirmé l'interprétation large de la notion de soupçons fondés. Un soupçon est fondé si des indices suspects subsistent après les clarifications de l'art. 6 LBA. Le Conseil fédéral ajoute ensuite qu'«[e]n l'absence de clarification dans un délai raisonnable, un "simple doute" peut également (...) déclencher l'obligation de communiquer»⁷⁷. Cette dernière phrase est obscure et, à notre sens, fort malheureuse en ce qu'elle ajoute un degré d'incertitude supplémentaire. Le Conseil fédéral a-t-il voulu dire que, dans le cas où des clarifications complémentaires prendraient supposément trop de temps, l'intermédiaire financier devrait communiquer? Ou encore que l'intermédiaire financier qui se rendrait compte un peu tard qu'il aurait dû procéder plus vite à des clarifications devrait s'en abstenir et communiquer au plus vite au MROS quand bien même il n'aurait qu'un simple doute? Plus loin encore, le Conseil fédéral assène sans autre explication qu'en l'état de la jurisprudence «tous les soupçons tombent désormais sous l'obligation de communiquer»⁷⁸, affirmation qui nous ramène à la question de savoir si désormais la communication doit intervenir préalablement aux clarifications complémentaires, voire en lieu et place de celles-ci.

Au vu de ce qui précède, bien malin l'intermédiaire financier qui parvient à discerner la position actuelle des tribunaux fédéraux en matière de soupçons fondés, de même que celle des autorités administratives concernées dont le DFF chargé de la poursuite des infractions aux art. 9 et 37 LBA. A notre sens, il faut «déduire» des jurisprudences précitées qu'en cas de soupçon simple ou même de doute sur une provenance criminelle des avoirs, l'intermédiaire financier doit procéder préalablement à des clarifications selon l'art. 6 LBA puis, si ces clarifications ne permettent ni d'écarter son soupçon (simple) ou doute initial ni de le renforcer, une communication doit malgré tout intervenir au plus vite. Nous ne sommes toutefois pas certain que c'est l'interprétation que nos tribunaux avaient en tête.

(ii) Le débat central de la doctrine

A notre connaissance, aucun auteur ne considère qu'un simple soupçon et *a fortiori* un simple doute suffisent à déclencher l'obligation de

⁷⁷ Rapport CF – AP 2018, p. 18.

⁷⁸ *Idem*, p. 20.

communiquer sans procéder auparavant à des clarifications complémentaires. Dans une telle configuration, l'intermédiaire financier a en principe une «simple» obligation de clarification selon l'art. 6 LBA⁷⁹.

Le débat de doctrine porte bien plutôt sur l'hypothèse dans laquelle les clarifications complémentaires opérées ne permettent ni de confirmer ou renforcer les soupçons initiaux ni de les infirmer, si bien qu'il subsiste un doute sur la provenance criminelle des valeurs patrimoniales impliquées dans la relation.

Dans une telle hypothèse, la doctrine majoritaire retient, à l'encontre de la jurisprudence susmentionnée, que l'intermédiaire financier n'a pas d'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA, mais tout au plus un droit de communiquer selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP (cf. notamment art. 31 al. 1 OBA-FINMA) et cas échéant un devoir de surveillance de la relation⁸⁰.

De fait, la quasi-totalité des auteurs considèrent en s'appuyant sur le Message de 1996 que la notion de soupçons fondés est exigeante. Les uns précisent que le soupçon doit être concret⁸¹ ou se fonder sur des éléments objectifs concrets⁸², les autres considèrent que les soupçons fondés se situent entre (i) l'existence d'«indices laiss[ant] supposer» une provenance criminelle des avoirs (art. 6 al. 2 let. b LBA) ou l'existence d'«indices fondant le soupçon» d'une telle provenance criminelle (art. 305^{ter} al. 2 CP) et (ii) la certitude à ce sujet⁸³. Certains insistent avec raison sur les conséquences graves que peut entraîner une communication pour la ou les personne(s) objet(s) de celle-ci, sans compter qu'une communication est une violation grave du devoir de fidélité du mandataire vis-à-vis de son client. Ils en concluent que même le droit de communiquer (art. 305^{ter} al. 2 CP) ne peut être utilisé qu'en cas de soupçons suffisants de provenance criminelle des valeurs patrimoniales, un simple malaise étant à cet égard insuffisant⁸⁴.

L'opinion de DE CAPITANI est plus difficile à cerner, dès lors que ses positions sont potentiellement contradictoires. Il nous paraît toutefois que sa conclusion correspond à celle des auteurs qui précèdent et le

⁷⁹ ZOLLINGER, N 10.

⁸⁰ LOMBARDINI, p. 152 N 582, p. 154 N 590 et p. 156 N 602 et 603; LUCHSINGER, p. 367 ss N 27 à 30; HILF, p. 783 N 23; HUTZLER, p. 1548 N 48 et p. 1589 s. N 161; REINLE, p. 125 N 600 et 602. Dans le même sens, au vu de leur interprétation exigeante de la notion de «soupçons fondés»: GRABER / OBERHOLZER, p. 73 N 1 et p. 76 N 9; ZOLLINGER, N 10; SCHWAB / STUPP, p. 1388 s. N 25; SCHWOB / COSANDEY, N 88.

⁸¹ ZOLLINGER, N 10.

⁸² LOMBARDINI, p. 152 N 582 et p. 156 N 602 et 603.

⁸³ GRABER / OBERHOLZER, p. 76 N 9; SCHWAB / STUPP, p. 1388 s. N 25; SCHWOB / COSANDEY, N 88; LUCHSINGER, p. 362 N 17; HUTZLER, p. 1539 N 32 et 33.

⁸⁴ LOMBARDINI, p. 157 N 609 et p. 164 N 643; HUTZLER, p. 1589 s. N 161.

mécanisme de gradation voulu par le législateur⁸⁵. Quant à KUSTER, il semble distinguer le cas où l'intermédiaire financier a procédé à des clarifications complémentaires sur la base d'un seul indice de celui où des clarifications ont dû être menées suite à la présence de plusieurs indices. Dans le premier cas, le fait que les soupçons initiaux ne peuvent être infirmés devrait selon lui conduire à communiquer, alors que dans le second cas l'intermédiaire financier n'aurait pas l'obligation mais un droit de communiquer⁸⁶.

Minoritaire, THELESKLAF considère au contraire que, lorsque les clarifications ne permettent pas de lever le soupçon, celui-ci doit être considéré comme fondé au sens de l'art. 9 LBA. Selon cet auteur, anciennement et à nouveau directeur du MROS, un soupçon est fondé lorsqu'après les clarifications effectuées selon l'art. 6 LBA il ne s'avère pas infondé⁸⁷. Selon lui, une interprétation plus restrictive de la notion de soupçons fondés, où l'on considérerait que le soupçon doit se confirmer, s'avérerait erronée. Un élément de soupçon suffit pour entraîner une obligation de communiquer⁸⁸.

Pour soutenir leur position, THELESKLAF et KUSTER se fondent aussi sur la précision apportée par le Conseil fédéral à la notion de soupçons fondés à l'art. 20 al. 1 et 2 OBA qui concerne les négociants selon l'art. 2 al. 1 let. b LBA. Selon cette disposition, un soupçon fondé déclenchant l'obligation de communiquer selon l'art. 9 al. 1^{bis} LBA existe «*si le soupçon repose sur une indication concrète ou sur plusieurs indices laissant supposer que les moyens de paiement au comptant proviennent d'un acte délictueux et si les clarifications complémentaires visées à l'art. 19 ne permettent pas de l'écartier. (...) Une communication doit également être faite lorsque le négociant ne peut pas attribuer à une infraction spécifique l'acte délictueux dont proviennent les moyens de paiement*». Selon ces auteurs, ces critères devraient être valables pour tous les intermédiaires financiers, car un traitement différencié ne se justifierait pas et parce que la définition correspond à la pratique existante⁸⁹.

Pour notre part, nous soutenons la position de la doctrine majoritaire qui nous semble conforme à la volonté initiale du législateur susmentionnée.

⁸⁵ DE CAPITANI, p. 1001 N 45 (cf. toutefois N 40 où l'auteur retient qu'une communication doit avoir lieu si les clarifications n'ont pas permis d'infirmes les soupçons initiaux).

⁸⁶ KUSTER, Rz 38 à 40. Voir toutefois Rz 28.

⁸⁷ THELESKLAF, p. 114 à 116 N 10.

⁸⁸ *Idem*, p. 115 N 10.

⁸⁹ KUSTER, Rz 22 à 24; THELESKLAF, p. 114 s. N 10.

Le législateur a en effet adopté la formule de «soupçons fondés» et non pas seulement de «soupçon» ou «simple soupçon», et encore moins de «doute» ou «simple doute»⁹⁰. L'interprétation qui assimile «soupçons fondés» à un «simple soupçon» ou même à un «simple doute» nous paraît contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de la loi.

Le législateur a aussi précisé que la notion de «soupçons fondés» devait recevoir une interprétation exigeante, et que si l'intermédiaire financier n'avait à la suite de clarifications que des «indices fondant le soupçon», il pouvait alors faire usage si souhaité de son droit de communiquer selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP, mais sans en avoir l'obligation.

C'est cette théorie de gradation des soupçons qui a aussi influencé la teneur de l'art. 31 de l'OBA-CFB révisée de 2003, disposition reprise dans l'actuelle OBA-FINMA. Aujourd'hui encore, l'art. 31 OBA-FINMA définit la marche à suivre pour l'intermédiaire soumis à la surveillance de la FINMA qui nourrit toujours des doutes après avoir procédé aux clarifications. Cette norme ne contient pas d'obligation de communiquer mais diverses obligations de prudence dont celle de se demander s'il est opportun de faire usage de son droit de communiquer en présence d'indices fondant le soupçon, ainsi que l'obligation de documenter ce choix si la relation d'affaires douteuse porte sur des valeurs patrimoniales importantes. La version modifiée de l'art. 31 OBA-FINMA dont l'entrée en vigueur est prévue pour 2020 ne nous paraît pas infirmer ce qui précède, mais plutôt le confirmer⁹¹.

Quoiqu'il en soit, tous les auteurs s'accordent sur une chose, à savoir que l'existence ou non de soupçons fondés s'apprécie au cas par cas et qu'il est difficile de donner des critères généraux de distinction en la matière⁹².

Par saine prudence, les auteurs s'accordent également pour dire que si l'intermédiaire financier a un doute sur le fait de savoir si les soupçons qu'il entretient atteignent le degré de «soupçons fondés», alors il lui est préférable de communiquer compte tenu des risques de se voir reprocher non seulement une infraction aux art. 9 *cum* 37 LBA mais aussi à l'art. 305^{bis} CP, avec les conséquences pénales, administratives et civiles qui en découlent⁹³.

⁹⁰ Dans ce sens également MATTHEY, p. 128.

⁹¹ Communiqué de presse du 18 juin 2019 de la FINMA: <https://www.finma.ch/fr/news/2018/07/20180718-mm-gvw-finma/>

⁹² REINLE, p. 118 N 360 à 362 et p. 122 N 379; GRABER / OBERHOLZER, p. 76 N 9; LUCHSINGER, p. 365 N 23 et p. 369 N 31.

⁹³ LUCHSINGER, p. 369 s. N 31; DE CAPITANI, p. 1000 s. N 43.

(iii) Un processus d'analyse souhaitable

A notre sens, LUCHSINGER décrit de manière satisfaisante le processus qu'il conviendrait d'adopter en présence de soupçons de provenance criminelle des avoirs car il s'appuie sur la gradation de soupçons développée dans le Message de 1996:

Etape 1: Existence d'indices («Anhaltspunkten»).

Le Message de 1996 parle d'un signe concret ou plusieurs indices. Si le Conseil fédéral n'indique pas quand un signe («Hinweis») doit être considéré comme concret, il faut comprendre que les «indices» ont une intensité inférieure au «signe concret» puisqu'une pluralité de ceux-ci est exigée alors qu'un signe concret suffit. Des exemples de tels indices figurent dans l'annexe à l'OBA-FINMA. Comme précisé dans cette annexe, les indices pris séparément ne fondent en principe pas un soupçon suffisant, mais un concours de plusieurs le peut (OBA-FINMA, Annexe 1, ch. 1.1). En présence d'un ou de plusieurs indices, des clarifications complémentaires selon l'art. 6 LBA devront en principe être réalisées. Il peut être renvoyé aux art. 15 et 16 OBA-FINMA pour une description de ces clarifications. Si les indices sont infirmés par les clarifications, alors la relation peut être maintenue. Si les indices se renforcent, alors il faut se demander si l'on est dans l'étape 2 ou dans l'étape 3.

Etape 2: Existence d'indices fondant le soupçon / perceptions concrètes («konkreter Wahrnehmungen»); ou

Etape 3: Existence de soupçons fondés («begründeter Verdacht»).

Pour les étapes 2 et 3, l'intermédiaire financier pourra s'orienter en particulier en examinant si un lien concret peut être fait entre les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaire et l'une des situations décrites à l'art. 9 al. 1 let. a LBA. Si, par exemple, les valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires viennent d'une personne qui, d'après des sources sérieuses telles qu'une ordonnance d'une autorité de poursuite pénale ou un article d'un média digne de confiance, fait l'objet d'une enquête pénale pour crime, alors le seuil des soupçons fondés sera donné. Si un lien entre les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation et un état de fait sujet à communication apparaît seulement possible ou probable, alors «seuls» des indices fondant le soupçon existeront et le droit de communiquer selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP sera donné. Ceci pourrait par exemple être le cas en présence de divers indices au sens de l'Annexe 1 à l'OBA-FINMA, sans qu'il y ait d'indication quant à un lien concret entre les valeurs patrimoniales de la relation et un crime ou délit fiscal qualifié ou encore si,

compte tenu des informations dont il dispose, l'intermédiaire financier ne peut pas qualifier l'infraction envisagée de crime. Si, à l'issue des clarifications, les indices ne peuvent pas être écartés ni ne se renforcent, alors subsiste une relation avec un doute et l'intermédiaire financier devra réagir conformément aux prescriptions des art. 31 et 32 OBA-FINMA⁹⁴.

Chacun s'accorde à dire que l'art. 6 LBA et les normes qui le concrétisent constituent une pierre angulaire dans le système de communication de soupçons. Ainsi, il est fort probable que, pour déterminer si l'intermédiaire avait ou aurait dû avoir des soupçons fondés, l'autorité examine *ex post* le respect par l'intermédiaire financier de ses devoirs de clarification, voire aussi de ses devoirs d'organisation (art. 8 LBA)⁹⁵. Dans le cas d'intermédiaires financiers de taille significative, le devoir d'organisation devrait d'ailleurs prendre plus d'importance par rapport au devoir de clarification à mesure que l'on atteint le sommet de la pyramide hiérarchique, car les dirigeants d'un intermédiaire financier de taille significative peuvent difficilement être tenus au courant des détails de chaque relation bancaire.

En tous les cas, si l'intermédiaire financier considère après clarifications la transaction ou la relation comme licite, il sera plus prudent de documenter quels sont les réflexions et faits objectifs qui l'ont conduit à cette conclusion⁹⁶.

(iv) Eléments internes et externes pouvant conduire à des soupçons fondés

En ayant à l'esprit la pratique des intermédiaires financiers, on doit constater que des soupçons fondés ne peuvent ressortir que de l'interaction d'éléments internes et externes. Une seule source d'information ne sera en pratique que rarement suffisante pour entretenir des soupçons fondés, à tout le moins au sens où la doctrine majoritaire l'entend. Ceci n'est d'ailleurs pas surprenant compte tenu du fait que la place financière suisse est selon les experts utilisée par les blanchisseurs dans une phase tardive du blanchiment, c'est-à-dire après divers actes d'entrave préalables à la confiscation, si bien qu'il est très compliqué de reconnaître les mécanismes de blanchiment. Cela est d'autant plus compliqué que l'intermédiaire financier n'aura souvent une vision que partielle de l'activité de son client. Une transaction effectuée peut paraître anodine, alors même qu'elle fait partie d'un ensemble de transactions complexes

⁹⁴ LUCHSINGER, p. 365 à 368 N 26 à 30.

⁹⁵ REINLE, p. 123 N 382; ZOLLINGER, N 7.

⁹⁶ REINLE, p. 131 N 419.

de blanchiment dont l'intermédiaire financier n'a pas et ne peut pas avoir connaissance⁹⁷.

Les indices «internes», qui résultent souvent des transactions effectuées par le client, ne conduiront que rarement à l'existence de soupçons fondés, mais uniquement à des indices fondant le soupçon au sens de l'art. 305^{er} al. 2 CP. Ce sont plutôt les indices «externes», d'ailleurs mentionnés dans le Message du Conseil fédéral de 1996, comme des articles de presse, des décisions d'autorités ou encore d'autres documents tels que des listes de sanctions internationales, qui entraîneront des soupçons fondés en lien avec une analyse des transactions, cas échéant sans même procéder à d'autres clarifications complémentaires⁹⁸.

Les soupçons naissent bien souvent de comportements dans la sphère personnelle du client. Mais l'obligation de communiquer suppose la présence de valeurs patrimoniales de provenance criminelle. D'ailleurs en l'absence de telles valeurs une communication n'apporterait pas d'information utile⁹⁹. L'obligation de communiquer est ainsi plus liée aux valeurs patrimoniales dans la relation d'affaires qu'aux personnes impliquées dans cette même relation dans le cadre de l'art. 9 al. 1 let. a LBA. C'est le lien entre les valeurs patrimoniales et un état de fait délictuel qui est au premier plan. Théoriquement, il n'y a pas d'obligation de communiquer lorsque des valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires n'ont clairement aucun lien avec un contexte délictuel, ce quand bien même un tel risque concernant les personnes impliquées se présenterait sous une forme suffisante. Un intermédiaire financier n'a pas, sous l'angle de l'art. 9 LBA, à se préoccuper du fait que des valeurs patrimoniales d'origine délictuelle soient déposées chez un autre intermédiaire financier¹⁰⁰. Toutefois, dans la pratique, une indication d'après laquelle une procédure pénale est conduite ou *a fortiori* une condamnation rendue à l'encontre d'une personne impliquée dans la relation d'affaires conduit à avoir des soupçons fondés¹⁰¹. Ceci car l'intermédiaire financier n'aura que très rarement des certitudes sur l'origine licite des fonds impliqués.

Les circonstances qui peuvent être à l'origine de soupçons fondés sont multiples. A titre d'exemples: des nouvelles ressortant de différents médias (presse, internet, banques de données), le type de transactions ou les montants concernés en fonction du profil du client,

⁹⁷ *Idem*, p. 119 s. N 367.

⁹⁸ HUTZLER, p. 1540 N 34 et 35.

⁹⁹ REINLE, p. 122 N 378. La distinction entre la connaissance et les soupçons fondés peut avoir une incidence sur l'appréciation de la culpabilité de celui qui omet de communiquer et donc sur sa peine.

¹⁰⁰ LUCHSINGER, p. 364 N 21.

¹⁰¹ *Idem*, p. 365 N 22.

l'identité des donneurs d'ordre ou bénéficiaires de virements, la typologie particulière ou l'urgence des transactions effectuées, les risques accrus tels que définis dans l'annexe à l'OBA-FINMA ou dans la réglementation interne de l'intermédiaire financier, des communications qui seraient adressées à l'intermédiaire financier par des tiers, comme par exemple les autorités pénales et le MROS ou encore des lésés potentiels, l'impossibilité de contacter le client, le refus de ce dernier de fournir les informations nécessaires pour la clarification de l'arrière-plan économique de la transaction ou de la relation d'affaires¹⁰².

En pratique, des soupçons sont souvent nourris suite à des articles de médias ou des communications d'autorités pénales ou administratives faisant état de l'existence d'une procédure pénale conduite directement contre le client, l'ayant-droit économique ou un tiers lié d'une quelconque façon à la relation d'affaires, voire conduite contre des proches de ceux-ci. Selon le Tribunal fédéral administratif, lorsque l'intermédiaire financier a une connaissance concrète qu'une procédure pénale est conduite contre son client pour une infraction grave et que les valeurs patrimoniales en cause pourraient avoir un lien avec cette infraction, alors il doit en principe se décider à communiquer¹⁰³.

S'agissant des médias, les tribunaux et la doctrine s'accordent à dire qu'il convient de tenir compte du caractère sérieux et fiable du média considéré. Le Tribunal fédéral parle d'articles de presse dignes de confiance et fondés sur des recherches sérieuses¹⁰⁴. KUSTER fait aussi référence aux bases de données sérieuses telles que *Worldcheck*, *KYC-Spider*, etc.¹⁰⁵.

Outre le critère de qualité, les auteurs insistent sur le contenu des articles de presse. REINLE fait ainsi la différence entre d'une part, les articles de presse (sérieux) faisant état d'une condamnation du client ou encore d'un renvoi en jugement et, d'autre part, les articles faisant simplement état de l'ouverture d'une procédure pénale ou de soupçons à l'encontre du client. Les premiers peuvent créer des soupçons fondés, alors que le degré suffisant ne sera en principe pas atteint avec les seconds, dès lors que le niveau de soupçon requis pour l'ouverture d'une procédure pénale n'atteint pas celui du soupçon fondé¹⁰⁶.

HUTZLER retient pour sa part que c'est moins la qualité de l'article qui est décisive que le lien factuel que fait ou que permet de faire l'article entre l'infraction reprochée et les valeurs patrimoniales impliquées.

¹⁰² LOMBARDINI, p. 153 N 585 à 588; DE CAPITANI, p. 1000 N 39.

¹⁰³ Arrêt TAF B-6815/2013 du 10 juin 2014, consid. 4.3.

¹⁰⁴ Arrêt TF 1B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9.

¹⁰⁵ KUSTER, Rz 19 à 21.

¹⁰⁶ REINLE, p. 188 ss N 612 ss, 617 ss et 620 ss.

A titre d'exemple, en présence d'un blog privé faisant état des liens entre un client et un comportement criminel, une analyse des transactions reflète le reproche fait; dans ce cas le soupçon sera sans nul doute fondé. A l'inverse, en présence d'articles de journaux renommés sur la condamnation d'un client pour extorsion en 2015, selon lequel l'argent en espèce obtenu n'a pas pu être retrouvé, il ressort toutefois d'une analyse des transactions que plus aucune entrée de fonds n'a eu lieu depuis 2014, alors il faut nier l'existence de soupçons fondés¹⁰⁷. Elle estime malgré tout que si des sources d'information difficilement vérifiables sur des sites tels que *Wikipédia* ou *Wikileaks*, ou encore une mention sur un blog, évoquent l'ouverture d'une procédure pénale, alors les informations devront en principe être vérifiées par d'autres informations publiquement disponibles et crédibles, et il conviendra de laisser au client la possibilité de s'exprimer à ce sujet¹⁰⁸. Il pourrait par exemple résulter de vérification auprès du client ou de son avocat que le client n'a que le statut de témoin dans le cadre d'une enquête ou bien qu'une enquête ouverte contre lui a fait l'objet d'un classement¹⁰⁹. Délicate est la situation dans laquelle des articles de presse font état de poursuites pénales existantes, mais qui sont politiquement motivées. Une telle situation nécessite des clarifications approfondies. Il pourrait aussi s'avérer utile d'en faire état informellement au MROS¹¹⁰.

LOMBARDINI considère que les informations publiées dans la presse ou sur internet doivent être reçues avec circonspection et qu'il convient de prendre en compte également le contexte dans lequel ces informations sont rendues publiques et quel pays est concerné, car ces informations peuvent être utilisées à des fins abusives ou s'avérer tout simplement inexactes ou incomplètes¹¹¹. L'intermédiaire financier doit également analyser les explications données par le client, en gardant une certaine objectivité¹¹².

Dans un cas portant sur la validité d'un séquestre de valeurs appartenant à une fondation supposément liée au PKK, le MPC justifiait leur blocage par des soupçons de provenance criminelle. Ces soupçons étaient fondés uniquement sur des articles internet (*Wikipédia* et le magazine financier *Focus* notamment) portant sur les sources illicites de financement du PKK, c'est-à-dire l'extorsion et le trafic de drogue, ainsi que sur le fait qu'une des personnes liées à des versements en

¹⁰⁷ HUTZLER, p. 1542 s. N 38.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 1541 s. N 37.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 1542 N 37.

¹¹⁰ *Idem*, p. 1542 N 37.

¹¹¹ LOMBARDINI, p. 155 N 597.

¹¹² *Idem*, p. 155 N 598.

faveur de la fondation avaient été condamnée pour ces mêmes infractions. Le Tribunal pénal fédéral a considéré qu'en l'absence d'indices portant sur des actes d'extorsion ou de trafic de drogue concrets, ce qui précède était insuffisant pour motiver un séquestre pénal¹¹³. Le degré des soupçons fondés ayant été placé à un niveau très bas par les tribunaux, on se gardera toutefois de retenir que de telles sources ne peuvent pas entraîner des soupçons fondés, quand bien même elles ne constituent pas des éléments à charge suffisant pour justifier un séquestre.

S'agissant des communications d'autorités pénales ou administratives visant un certain client/ayant-droit économique ou relation, telles que des ordonnances de dépôt, de séquestre ou encore de surveillance des transactions, outre le respect du contenu de l'ordonnance, elles doivent entraîner des clarifications complémentaires avant une éventuelle communication car, de l'avis et selon les termes du MROS, elles ne constituent pas des soupçons fondés en elles-mêmes¹¹⁴. Difficile de connaître l'étendue des clarifications que le MROS considère nécessaires. Il paraît à tout le moins exiger de l'intermédiaire qu'il analyse si l'infraction à la base de l'ordonnance constitue une infraction visée à l'art. 9 LBA et s'il est en mesure d'apporter par une communication, en cas de soupçons fondés, des éléments qui ne sont pas déjà en possession des autorités de poursuites sur la base des communications officielles reçues¹¹⁵. De même, le fait de recevoir une demande de la part du MROS sur la base de l'art. 11a al. 2 LBA ne constitue pas un soupçon fondé à lui seul, l'intermédiaire récipiendaire devant éprouver lui-même un «*souçon concret*» en fonction des éléments à sa disposition. Il doit cependant procéder à des clarifications conformément à l'art. 6 al. 1 LBA¹¹⁶.

Comme déjà mentionné, ces prises de position du MROS, qui perdurent après et malgré les arrêts des tribunaux fédéraux plaçant le seuil de communication excessivement bas, montrent à notre sens la volonté de cette autorité de ne pas recevoir des communications qui seraient lacunaires voire injustifiées parce que faites dans la précipitation¹¹⁷.

Une situation délicate peut surgir lorsque l'intermédiaire financier apprend que son client a des difficultés avec la justice pénale sans pouvoir établir un rapport entre les avoirs confiés et les infractions reprochées. Une interprétation littérale du texte conduit à retenir que si la

¹¹³ Arrêt TPF BB.2013.115 du 20 décembre 2013, consid. 2.10.

¹¹⁴ Rapport MROS 2017, p. 57 et 61 (ordre dépôt); Rapport MROS 2015, p. 57 (ordre dépôt et séquestre); Rapport MROS 2010, p. 82; Rapport MROS 2007, p. 88 s.

¹¹⁵ Rapport MROS 2015, p. 56 s. et 61 (ordre dépôt); Rapport MROS 2010, p. 82; Rapport MROS 2007, p. 88 s.

¹¹⁶ Rapport MROS 2013, p. 57.

¹¹⁷ Rapport MROS 2016, p. 53; Rapport MROS 2018, p. 39 s.

banque est certaine de l'origine licite des valeurs patrimoniales, elle n'est pas tenue de dénoncer. Ceci est toutefois contesté par le MROS dans un cas remontant à 2002. Il a considéré que le seul fait qu'un client soit interpellé par la justice pénale obligeait l'intermédiaire financier à communiquer¹¹⁸. Dans le cas d'espèce, la banque avait procédé à une communication après avoir appris par la presse que ses clients avaient été arrêtés à l'étranger en possession de drogue. Cette communication avait toutefois eu lieu sur la base de l'art. 305^{ter} al. 2 CP et sans blocage immédiat des fonds en compte, car ceux-ci provenaient de sources licites (assureurs et de caisses de compensation publiques). Le MROS considérait que ce cas remplissait les conditions de l'art. 9 LBA, en plaidant que malgré la source sûre de la plupart des versements en compte, la notion de soupçons fondés ne portaient pas uniquement sur les fonds mais aussi sur les personnes en cause. Toujours selon lui, même si la loi prenait comme point de départ d'une communication la provenance criminelle des fonds, c'était des personnes qui avaient procédé aux actes criminels et il y avait donc lieu de tenir compte de leurs actes. La situation était toutefois particulière puisque les fonds en cause relevaient apparemment du pouvoir de disposition d'une organisation criminelle¹¹⁹. Sans donner raison au MROS, LOMBARDINI conseille aux intermédiaires financiers la prudence en présence de difficultés pénales rencontrées par le client, en usant l'art. 305^{ter} al. 2 CP s'il existe un doute fondé sur des éléments concrets, tout en prenant malgré tout en compte la juridiction dans laquelle la procédure pénale se déroule¹²⁰.

(v) Trois cas jurisprudentiels

Face à une notion aussi incertaine que celle de «soupçons fondés», il est utile de faire état de décisions portant sur des reproches de violation des art. 9 *cum* 37 LBA.

Les trois cas qui suivent ont en toile de fond un contexte de soupçons de corruption. Cela n'a rien d'étonnant puisque la lutte contre la corruption internationale et le blanchiment des fonds qui en sont issus constitue depuis plusieurs années une haute priorité de la politique criminelle de la Confédération¹²¹, avec depuis novembre 2016 une volonté affichée de s'attaquer davantage aux intermédiaires financiers suisses¹²².

¹¹⁸ Rapport MROS 2002, p. 41.

¹¹⁹ *Idem*, p. 41 s.

¹²⁰ LOMBARDINI, p. 158 s. N 612 à 616.

¹²¹ Définition CF priorités pénales 2012-2015, p. 7; Rapport OFJ 2016 entraide pénale, p. 12 ss.

¹²² BESSON / BAILAT. Rapport MPC 2018, p. 19 concernant l'affaire *Lava Jato*.

Ces décisions sont intéressantes en ce qu'elles soulignent notamment les liens ténus entre une éventuelle violation de l'obligation de clarification et l'obligation de communiquer.

Le constat de violation des obligations de clarification selon l'art. 6 LBA a même conduit à la condamnation d'intermédiaires financiers pour blanchiment d'argent lorsque les valeurs patrimoniales avaient fait l'objet d'un acte d'entrave et que les violations commises permettaient de retenir un dol éventuel de la part des intermédiaires financiers. Nous renvoyons pour un bref résumé des deux arrêts topiques à notre contribution sur l'art. 305^{bis} CP¹²³.

Les résumés ci-dessous se fondent sur les états de fait tels que retenus dans les arrêts cités. Ils ne prétendent pas à l'exhaustivité, sans compter que les faits décrits dans ces arrêts pourraient s'avérer incomplets ou erronés de l'avis des parties impliquées.

– *TPF du 18 mars 2015, SK.2014.14*¹²⁴

Il est question de versements de sommes importantes par une grande entreprise britannique Y. à un intermédiaire B. pour des services d'assistance et de conseils en vue de l'obtention de contrats d'armement avec des pays d'Europe de l'Est notamment. L'intermédiaire financier A., exerçant les activités de fiduciaire et de gérant de fortune, avait constitué et administré notamment une société X. avec un compte dans une banque suisse sensée réceptionner et transférer plus loin la rémunération des services précités. Des montants de plusieurs millions de livres sterling, d'euros et de dollars américains ont transité par le compte en question.

L'enquête conduite contre A. par le MPC pour blanchiment d'argent aggravé «provenant» d'actes corruptifs a dû être suspendue faute de preuve d'une origine ou même d'une destination criminelle des fonds. En outre, deux enquêtes menées sur mandat de l'OAR à qui A. était soumis ont conclu que A. n'avait pas violé ses obligations de diligence¹²⁵.

Malgré cela, le Tribunal pénal fédéral a considéré que l'intermédiaire financier avait violé son obligation de communiquer. En résumé, il a retenu qu'il existait différents indices qui permettaient

¹²³ Cf. ATF 136 IV 188 (= SJ 2011 I 497) et l'arrêt TF 6B_649/2015 du 4 mai 2016 (résumés brièvement *in* HERREN, p. 1119 et 1121), ainsi que l'arrêt TF 6B_729/2010 du 8 décembre 2011 (partiellement reproduit *in* ATF 138 IV 1).

¹²⁴ L'affaire a été portée devant le Tribunal fédéral et fait l'objet de l'arrêt du 24 mai 2016, n. 6B_503/2015, partiellement reproduit à l'ATF 142 IV 276. L'état de fait est toutefois développé beaucoup plus en détails dans le jugement du Tribunal pénal fédéral.

¹²⁵ Jugement TPF SK.2014.14 du 18 mars 2015, *Faits*.

au prévenu de considérer comme suspectes les transactions financières entre l'entreprise britannique et la société X., soit en particulier les suivants: le fait qu'une importante société britannique décide de mandater une société suisse ne disposant pas de compétence spécifique pour les services rémunérés; le caractère flou des clauses des contrats entre ces sociétés; la faible activité, voire l'absence totale de prestation, fournie par la société suisse après la signature de ces contrats, qui ne pouvait en aucun cas justifier les sommes perçues; la structure complexe utilisée par l'entreprise britannique pour recourir aux services de l'intermédiaire en plaçant une personne morale entre les deux; la connaissance par le prévenu de ce que l'intermédiaire B. avait fait l'objet par le passé d'une enquête pénale dans un pays tiers pour des accusations de corruption¹²⁶.

Au vu de ces indices, le Tribunal pénal fédéral a retenu que le prévenu aurait dû clarifier l'arrière-plan économique et le but de ces transactions conformément à l'art. 6 let. a aLBA. Il aurait dû ainsi: constater à la lecture des rapports d'expertise remis par la société de l'intermédiaire B. que ceux-ci comprenaient pour l'essentiel des informations provenant d'Internet et ainsi que cela ne justifiait pas les sommes très importantes versées à l'intermédiaire. De même, il aurait dû constater que des paiements avaient été faits alors même que le rapport d'expertise (c'est-à-dire la contreprestation) n'avait pas encore été rendu. Plus étonnant, le Tribunal pénal fédéral reproche au prévenu de ne pas avoir posé plus de questions à l'intermédiaire B., en présumant que ce dernier lui aurait donné les explications qui auraient montré que son activité était suspecte (!) et que, fort de ces informations, le prévenu aurait découvert que les différentes relations d'affaires nouées avaient pour unique but de permettre à l'entreprise britannique Y. de faire parvenir des fonds à l'intermédiaire B. au travers d'une société écran et que les contrats conclus devaient conférer une apparence de légalité aux versements de ces fonds¹²⁷.

Le recourant a été condamné pour violation intentionnelle de l'obligation de communiquer¹²⁸, son recours au Tribunal fédéral ayant été rejeté¹²⁹.

¹²⁶ *Idem*, consid. 4.5.5.

¹²⁷ *Idem*, consid. 4.5.6 et 4.5.7.

¹²⁸ *Idem*, consid. 4.8.

¹²⁹ Arrêt TF 6B_503/2015 du 24 mai 2016, partiellement publié à l'ATF 142 IV 276.

– *TPF du 19 décembre 2017, SK.2017.54*¹³⁰

Dans cette affaire, la banque avait un compte dont l'ayant-droit économique I. était un ancien dirigeant de la société W.¹³¹ jusqu'en 2008. Des enquêtes au Brésil avaient été ouvertes au sujet de l'acquisition d'une raffinerie par la société W. en 2006. Sur la base des informations à disposition, soit en particulier un rapport *Worldcheck* faisant référence à des articles de presse brésiliens, il était incertain de savoir si I. était sous investigation dans ces enquêtes avec un gel de ses avoirs, ou bien si I. n'avait été entendu que comme simple témoin sans qu'une malversation ne lui soit reprochée et sans qu'un gel de ses avoirs ne fut prononcé. Un rapport *Worldcheck* ultérieur basé à nouveau sur des articles de presse brésiliens et aussi sur une décision d'une instance judiciaire brésilienne accessible, mentionnait que les avoirs de I. avaient bien été gelés. Le Comité AML de la banque avait décidé que si le gel des avoirs de I. était confirmé, il faudrait alors communiquer la relation au MROS. Probablement sur question de la banque à son client, l'avocat brésilien de I. avait toutefois attesté ensuite par courrier qu'il n'existait aucune accusation formelle ni enquête ni gel d'avoirs contre son client en lien avec son passé chez la société W. Il semble que le responsable du bureau EAM, chargé de lire la décision judiciaire précitée en portugais, n'ait pas lu en détail ce document. Il a néanmoins fait savoir au département *compliance* que cette décision devait plutôt être considérée comme un rapport fournissant une base à une autorité gouvernementale pour décider comment procéder et que, selon son expérience, la presse brésilienne était peu rigoureuse notamment en ce qui concerne l'affaire *Lava Jato*, et partant peu crédible, contrairement à la déclaration de l'avocat à qui il fallait donc donner plus de poids. Au vu de ce qui précède, A. a décidé que la banque n'était alors pas dans l'obligation de communiquer. Un peu moins de deux mois plus tard, la banque apprit à nouveau par *Worldcheck* et différents articles de presse qu'I. avait été inculpé tout récemment, et il fut alors décidé de communiquer la relation au MROS.

Le Tribunal pénal fédéral a estimé que A. n'avait pas bien évalué les résultats des clarifications opérées par la banque. Il estime que celui-ci avait plus d'éléments qui devaient faire pencher la balance en faveur de l'existence de soupçons fondés, malgré les déclarations formelles de l'avocat brésilien et les constatations faites par le responsable du bureau EAM. Selon le Tribunal pénal fédéral, il était

¹³⁰ Ce jugement n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

¹³¹ Entité étatique brésilienne au cœur de l'affaire *Lava Jato*.

clair à la lecture de la décision judiciaire brésilienne que les avoirs de I. avaient été bloqués pour une période d'un an. Il était partant aussi reproché à A. de ne pas avoir prêté tout le soin requis par les circonstances en ce qu'il aurait dû se rendre compte que la décision judiciaire en portugais n'avait pas été examinée en détail¹³².

Malgré la confirmation de sa condamnation, le Tribunal pénal fédéral a retenu, à l'encontre de l'instance préalable, que l'infraction n'avait été réalisée que par négligence (et non intentionnellement) et que la tardiveté de la communication finalement intervenue n'était que de 2 et non pas de 4 mois¹³³.

– *TPF du 18 octobre 2018, SK.2018.15*

Le Tribunal pénal fédéral a acquitté un responsable du département *compliance* d'une banque des reproches de violation des art. 9 *cum* 37 LBA, alors même que le DFF l'avait précédemment condamné sur la base de l'art. 37 al. 1 LBA (violation intentionnelle)¹³⁴.

Le contexte de l'affaire est le suivant. Le compte litigieux avait été ouvert en 2007 auprès de l'établissement bancaire A qui fut absorbé en janvier 2011 par un autre établissement bancaire B. Le compte était au nom d'une société offshore, dont l'ayant-droit économique était un conseiller juridique Z. d'une municipalité italienne accusé en 2010 d'avoir touché des pots-de-vin afin de favoriser la candidature d'un sous-traitant dans un marché public organisé par la ville¹³⁵. Ceci a conduit un établissement bancaire C., chez qui le conseiller Z. avait ses avoirs avant que ceux-ci ne soient transférés en 2010 vers les banques A. puis B., à dénoncer cette relation au MROS. Ce n'est qu'après que le MPC lui a réclamé la documentation bancaire de la relation litigieuse que l'établissement B. a procédé à une communication au MROS en mai 2011. Entre-temps, le compte avait été vidé d'environ EUR 484'000.-¹³⁶. L'accusé dirigeait le département *compliance* de la banque A., puis le service *legal and compliance* de la banque B. après le rachat de A. en 2011. Le DFF lui reprochait d'avoir pris la décision de communiquer trop tard, ce alors que la relation avait été identifiée depuis un certain

¹³² Jugement TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017, *Faits* let. S à Z.FF et consid. 2.2.3.5 à 2.2.3.11.

¹³³ *Idem*, consid. 2.2.3.11 et 2.2.5.1.

¹³⁴ Jugement TPF SK.2018.15 du 18 octobre 2018, *Faits* let. F.

¹³⁵ *Idem*, consid. 4.5.2.

¹³⁶ *Idem*, consid. 4.5.1.

temps comme problématique. En effet, un contrôle effectué dans la base de données *Worldcheck* en juillet 2010 avait révélé que le conseiller Z. faisait l'objet d'une enquête en Italie pour fraude envers la municipalité qui recourait à ses services. Le cas avait été discuté lors de réunions du Comité de due diligence de la banque A. en septembre 2010. Suite à ces réunions, ce Comité avait décidé qu'il fallait requérir du conseiller Z. des clarifications au sujet des fonds déposés sur le compte, leur origine n'étant pas documentée et par conséquent un lien avec les reproches ressortant de *Worldcheck* ne pouvant être exclu. La mise en œuvre d'un blocage interne des fonds et l'insertion de la relation dans la *watchlist* de la banque A. avec augmentation du facteur risque devait accompagner ces clarifications. Ces mesures n'ont jamais été mises en œuvre en pratique.

Le Tribunal pénal fédéral a considéré que la responsabilité de décider des communications au sein de la banque A. devait être prise par le Comité de due diligence et non pas par le *Compliance Office* que dirigeait l'accusé. Dès lors que ce Comité de due diligence avait décidé qu'il serait procédé à des clarifications complémentaires et non directement à une communication, sur la recommandation d'un membre du département *compliance*, l'accusé ne pouvait se voir imputer une violation de l'obligation de communiquer, quand bien même il avait participé à la prise de décision dudit Comité en sa qualité de chef du département *compliance*¹³⁷. Quant à la période où l'accusé dirigeait le service *legal et compliance* de la banque B. suite à la fusion de janvier 2011, c'était cette fois bien l'accusé qui avait la responsabilité de la décision de communiquer au MROS¹³⁸. Cependant, le Tribunal pénal fédéral a retenu qu'il n'avait pas été démontré à satisfaction que l'accusé aurait été mis au courant des résultats des contrôles sur la relation litigieuse menés par d'autres collaborateurs de la banque B. en début 2011, si bien que l'on ne pouvait pas lui reprocher une violation intentionnelle de son devoir de communiquer. Une violation par négligence ne pouvait guère plus lui être reprochée faute de preuve d'une violation de ses trois *curae* (*eligendo, instruendo, custodiendo*), ce d'autant que la banque B. avait souffert des lacunes sérieuses dans le fonctionnement de son dispositif anti-blanchiment d'argent au début 2011 (constatées par la FINMA), lacunes qui ne pouvaient pas être reprochées à l'accusé¹³⁹.

¹³⁷ *Idem*, consid. 4.4.3 et 4.4.4.

¹³⁸ *Idem*, consid. 4.5.2.

¹³⁹ *Idem*, consid. 4.5.3 à 4.5.6.

L'accusé a ainsi été acquitté de toute charge. Ce jugement fait toutefois l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. A noter que les procédures menées contre le conseiller Z. auraient été classées en Suisse en 2017 et abandonnées en Italie en 2018.

C. *De lege ferenda*: suppression du droit de communiquer (art. 305^{ter} al. 2 CP)?

Comme mentionné ci-dessus sous chapitres I et II.B.3.b(i), un avant-projet de modification de la LBA a été soumis à la consultation en juin 2018.

Suite aux critiques du GAFI dans son dernier rapport d'évaluation sur la Suisse ainsi qu'au constat de l'«abaissement» du seuil de l'obligation de communiquer dans la jurisprudence fédérale, la suppression du droit de communiquer prévu à l'art. 305^{ter} al. 2 CP est notamment envisagée¹⁴⁰.

Le Conseil fédéral a en revanche renoncé à adapter la formulation du seuil de soupçons déclenchant l'obligation de communiquer («*présume sur la base de soupçons fondés*») pour la rapprocher de celle de la Recommandation 20 du GAFI («*soupçonne ou a des motifs raisonnables de soupçonner*»). Il a considéré qu'une telle modification «créerait» une insécurité juridique aussi longtemps que la jurisprudence n'en définirait pas les contours. Il a ajouté que cela pourrait laisser entendre à tort qu'il n'est plus nécessaire d'effectuer des clarifications complémentaires, avec pour conséquence une forte augmentation des communications doublées d'une diminution de leur qualité et bien-fondé¹⁴¹.

Le Conseil fédéral propose néanmoins d'intégrer à l'OBA ce qu'il qualifie d'«*interprétation jurisprudentielle*» de la notion de soupçons fondés, de la même façon qu'à l'art. 20 al. 1 OBA, en lien avec l'obligation de communiquer des négociants. Comme déjà mentionné ci-dessus sous chapitre II.B.3.b(ii), la teneur de cette dernière disposition est la suivante: «*On est en présence d'un soupçon fondé déclenchant une obligation de communiquer au sens de l'art. 9, al. 1^{bis}, LBA si le soupçon repose sur une indication concrète ou sur plusieurs indices laissant supposer que les moyens de paiement au comptant proviennent d'un acte délictueux et si les clarifications complémentaires visées à l'art. 19 ne permettent pas de l'écarter*».

La suppression du droit de communiquer (art. 305^{ter} al. 2 CP) nous paraît peu souhaitable. Elle est fondée sur la prémisse que la jurisprudence a définitivement fixé le seuil de l'obligation de communiquer

¹⁴⁰ Rapport explicatif CF – AP 2018, p. 19.

¹⁴¹ *Idem*, p. 20.

à un niveau très bas, soit celui du «simple doute» en lieu et place des «soupçons fondés» tels que décrits initialement par le législateur et tels qu'interprétés aujourd'hui encore par la doctrine majoritaire. Nous gardons espoir que l'arrêt du Tribunal fédéral de 2008, qui ne portait pas sur la problématique de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) proprement dite mais sur une exclusion de responsabilité pour communication (art. 11 aLBA), soit un jour contredit ou à tout le moins tempéré. Si tel devait être le cas, l'art. 305^{ter} al. 2 CP tout comme d'ailleurs l'art. 31 OBA-FINMA garderaient leur raison d'être lorsque l'intermédiaire financier procède à une communication pour éviter des difficultés, en affirmant qu'il a des soupçons fondés alors qu'en réalité il n'a que des doutes sérieux ou même simples. L'art. 305^{ter} al. 2 CP permettrait alors de saisir le MROS sans charger inutilement le client¹⁴².

III. CONCLUSION

Nul doute que la lutte contre la criminalité financière en général, et contre le blanchiment d'argent en particulier, revêt une importance significative dans la politique criminelle en Suisse comme à l'étranger. Le citoyen *lambda* ne doit pas avoir l'impression (justifiée) que les délinquants financiers sont des criminels privilégiés par rapport aux autres.

Ceci étant dit, les principes fondamentaux qui régissent le droit pénal, comme *ultima ratio* de la répression étatique, ne doivent pas être sacrifiés sur l'autel de l'efficacité à tout prix. En particulier, il convient aujourd'hui comme hier de définir une infraction pénale, même à caractère administratif, de manière à ce que chacun puisse savoir pour quel comportement il peut être sanctionné. Il convient ensuite d'interpréter les éléments constitutifs de l'infraction en ligne avec la volonté initiale du législateur et la systématique du système dans lequel elle s'insère, ce quand bien même les buts désignés seraient multiples et pressants. Si l'incrimination adoptée ne produit pas les effets escomptés, le principe de la séparation des pouvoirs veut que celle-ci soit modifiée par le législateur après une discussion publique, et non pas étirée par les juridictions pour ensuite être adoubee par le pouvoir politique sans le moindre débat.

L'incrimination et la poursuite de la violation de l'obligation de communiquer est, à ce jour au moins, un exemple de ce qui devrait être évité. A savoir l'incrimination d'un comportement de mise en danger abstrait, construite autour d'un élément subjectif aux contours éminemment flous (i.e. les «soupçons fondés»), interprété par les tribunaux de

¹⁴² LOMBARDINI, p. 151 N 579.

façon «laxiste» et peu certaine sur la base d'un arrêt initial portant sur une problématique civile et non pénale.

Conséquence de ce qui précède, les intermédiaires financiers doivent aujourd'hui vivre avec une insécurité juridique majeure sur une obligation pourtant essentielle dans la lutte anti-blanchiment.

Compte tenu des risques importants liés à une violation de l'obligation de communiquer, une prudence renforcée est aujourd'hui de mise pour l'intermédiaire financier, cas échéant au détriment de sa relation avec le client comme l'a admis le Tribunal fédéral¹⁴³. Ceci vaut non seulement pour l'appréhension de la notion de «soupçons fondés», mais aussi pour celle des autres éléments constitutifs des art. 9 *cum* 37 LBA, tant il semble que les tribunaux fédéraux et le Tribunal fédéral en particulier souhaitent privilégier une interprétation large en la matière¹⁴⁴.

¹⁴³ Selon le Tribunal fédéral, le législateur a considéré le potentiel dommage subi par le client objet d'une communication injustifiée comme le prix à payer pour une lutte sérieuse contre le blanchiment: arrêt TF 4A_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3 *in fine*.

¹⁴⁴ Cf. notamment les ATF 142 IV 276 et 144 IV 391 (= SJ 2019 I 145) en ce qui concerne la limite temporelle (*dies ad quem*) à l'obligation de communiquer en cas respectivement de résiliation de la relation d'affaires ou d'existence d'une procédure pénale contre le client.

BIBLIOGRAPHIE

Publications d'autorités fédérales et organismes internationaux

- Assemblée fédérale, *Bulletin Officiel sur l'objet n. 96.055*, Conseil National / Conseil des Etats (BOAF N / BOAF C, [date et orateur (parti)])
- Bureau de Communication en matière de blanchiment (MROS), Rapports annuels sur les années 1998 à 2018, publiés de 1999 à 2019 (Rapport MROS [année sous révision])
- Conseil fédéral, Définition des priorités en matière pénale: stratégie 2012-2015, 28 mars 2012 (Définition CF priorités pénales 2012-2015)
- Conseil fédéral, Message du 12 juin 1989, Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, FF 141 II 961
- Conseil fédéral, Message du 30 juin 1993, Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier, FF 145 III 269 (Message CF 1993)
- Conseil fédéral, Message du 17 juin 1996, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier, FF 148 III 1057, (Message CF 1996).
- Conseil fédéral, Message du 15 juin 2007, Mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'Action financière (GAFI), FF 2007 5919 (Message CF 2007)
- Conseil fédéral, Message du 13 décembre 2013, Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2013 585 (Message CF 2013)
- Conseil fédéral, Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, 1^{er} juin 2018 (Rapport explicatif CF – AP 2018)
- Groupe d'action financière (GAFI), 3^e Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte en matière de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme – Suisse, novembre 2005 (Rapport GAFI 2005)
- Groupe d'action financière (GAFI), Rapport d'évaluation mutuelle/ Rapport de suivi – Lutte en matière de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme – Suisse, 27 octobre 2009 (Rapport GAFI 2009)

- Groupe d'action financière (GAFI), Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme – Suisse, Rapport du quatrième cycle d'évaluations mutuelles, Paris (Rapport GAFI 2016)
- Ministère Public de la Confédération, Rapport de gestion sur les activités au cours de l'année 2018 à l'intention de l'autorité de surveillance, publié par communiqué de presse le 29 avril 2019 (Rapport MPC 2018)
- Office fédéral de la Justice, Rapport d'activité 2016 – Entraide judiciaire internationale, mai 2017 (Rapport OFJ 2016 entraide pénale)
- Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SFI (DFF), *Rapport explicatif destiné à la consultation, Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière*, révisées en 2012, 27 février 2013 (Rapport explicatif SE DFF 2013)

Ouvrages/articles

- BESSON Sylvain / BAILAT Lise, *Les procureurs fédéraux s'attaqueront davantage aux banques*, article publié sur le site internet du journal Le Temps le 11 novembre 2016
- BIGLER Olivier, in Luc Gonin / Olivier Bigler (édit.), *Commentaire sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)*, Stämpfli Editions/lexis Nexis 2018, ad art. 7 CEDH
- DE CAPITANI Werner, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997, in Niklaus Schmid (édit.), *Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei*, volume II, Schulthess 2002, ad art. 1 ou 9 LBA
- BASSE Detlev Michael, in Peter V. Kunz / Thomas Jutzi / Simon Schären (édit.), *Handkommentar Geldwäschereigesetz (GwG)*, Stämpfli Editions 2017, ad art. 1 LBA
- GRABER Christophe K. / OBERHOLZER Dominik, *Das neue GwG – Gesetzgebung mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen*, 3^e éd., Schulthess 2009
- HERREN Nicolas C., *L'infraction de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux*, in AJP/PJA 9/2017, p. 1112 ss

- HILF Marianne Johanna, in Peter V. Kunz / Thomas Jutzi / Simon Schären (édit.), *Handkommentar Geldwäschereigesetz (GwG)*, Stämpfli Editions 2017, ad art. 37 LBA
- HUTZLER Doris, in Jürg-Beat Ackermann (édit.), *Kommentar Kriminelles Vermögen Kriminelle Organisationen, Band II*, Schulthess 2018, ad art. 9 LBA
- KUSTER Matthias, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in Jusletter 26 juin 2017
- LOMBARDINI Carlo, *Banques et blanchiment d'argent*, 3^e éd., Schulthess 2016
- LUCHSINGER Roland J., in Peter V. Kunz / Thomas Jutzi / Simon Schären (édit.), *Handkommentar Geldwäschereigesetz (GwG)*, Stämpfli Editions 2017, ad art. 9 LBA
- MATTHEY Sylvain, La communication de soupçons au MROS: du droit à l'obligation, in SWZ/RSDA 2/2018
- REINLE Michael, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz – Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, Thèse, Zurich/ Saint-Gall 2007
- SCHWAB René / STUPP Eric, in Rolf Watter / Nedim Peter Vogt (édit.), *Commentaire bâlois BEHG/FINMAG*, 2^e éd., Bâle 2011, ad art. 305^{ter} CP
- SCHWOB Renate / COSANDEY Peter, Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei (Ausgabe März 2013), in Dieter Zobl et al. (édit.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV) – mit Hinweisen auf das Bankrecht der Europäischen Union, auf das Allgemein Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei*, Grundwerk inkl. Lieferung 1-23, Zurich 2015
- THELESKLAF Daniel, in Daniel Thelesklaf / Ralph Wyss / Mark van Thiel / Stiliano Ordolli (édit.), *GwG Kommentar/AMLA Commentary*, 3^e éd., Orell Füssli 2019, ad art. 9 LBA
- ZOLLINGER Dave, in Daniel Thelesklaf / Ralph Wyss / Dave Zollinger / Mark van Thiel (édit.), *GwG Kommentar Geldwäschereigesetz*, 2^e éd., Orell Füssli 2009, ad art. 37 LBA

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	107
II.	ANALYSE	109
	A. Bref historique de l'adoption des art. 9 et 37 LBA	109
	B. Les «soupçons fondés» de l'art. 9 LBA	111
	1. Élément constitutif des art. 9 et 37 LBA	111
	2. Un déficit de prévisibilité de la norme pénale	112
	3. L'interprétation des «soupçons fondés»	114
	a. Travaux législatifs.....	114
	b. La position des tribunaux, des autorités administratives et de la doctrine.....	116
	(i) La jurisprudence fédérale et sa réception par les autorités administratives: le «simple doute» comme source supplémentaire d'incertitude	116
	(ii) Le débat central de la doctrine.....	123
	(iii) Un processus d'analyse souhaitable	127
	(iv) Eléments internes et externes pouvant conduire à des soupçons fondés.....	128
	(v) Trois cas jurisprudentiels.....	133
	C. <i>De lege ferenda</i> : suppression du droit de communiquer (art. 305 ^{ter} al. 2 CP)?	139
III.	CONCLUSION	140
	BIBLIOGRAPHIE.....	142
